

长江学者和创新团队发展计划资助

Supported by Program for Changjiang Scholars
and Innovative Research Team in University

2013

中国证据法治发展报告

Report on Evidence and the Rule of Law in China

2013

主编 张保生 常 林



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国证据法治发展报告. 2013/张保生，常林主编. —北京：中国政法大学出版社，2015. 7
ISBN 978-7-5620-6041-3

I. ①中… II. ①张… ②常… III. ①证据—法律—研究报告—中国—2013
IV. ①D925. 013. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第134389号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	28.75
字 数	480 千字
版 次	2015 年 7 月第 1 版
印 次	2015 年 7 月第 1 次印刷
定 价	69.00 元

前言

Preface

证据是法治的基石，是实现司法公正的基石，证据制度建设是我国司法改革的首要任务。法治以司法制度为基础，党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）把“保证公正司法，提高司法公信力”作为全面推进依法治国的六大任务之一，提出“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用”。司法制度则以证据制度为基础。司法要摆脱人治的束缚，必须坚持证据裁判原则即实现证据法治。因此，十八届四中全会《决定》提出：“推进以审判为中心的诉讼制度改革，……全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”

证据制度建设是一项长期而艰巨的任务，是一项复杂的社会系统工程，需要法学理论界与立法、司法、律师等法律实务界的密切合作、共同创造和不懈探索。本发展报告（蓝皮书），试图从立法、司法和法学研究的全景视角，审视中国证据制度发展的脉络，梳理证据科学研究的成果，总结证据立法的理论成果和司法的实践经验，记录中国证据法治的实践发展轨迹并预测其未来走向；同时，也为我国法学理论界和法律实务界进一步开展证据科学研究、创新我国证据制度，做一些基础性、资料性和评价性的工作。无论是立法机关、司法机关和法律服务部门的法律实务工作者，还是高等学校、科研机构的教师、学生和研究人員，都能从本书中受益。

本蓝皮书 2013 卷,论述了 2013 年中国证据法治发展的全过程,其基本结构如下:

第一篇 2013 年中国证据立法与司法进展,由四部分内容组成:

一是证据立法进展综述,从证据立法的五个层面(法律,司法解释,行政法规、部门规章,地方性证据规定以及国际条约),回顾总结了本年度证据立法的进展情况。

二是证据司法实践发展综述,从公安机关和司法机关,分别回顾总结了人民法院、人民检察院和公安机关证据制度建设的实践经验。证据法是侦查、检察和审判实践经验的总结。因此,深入了解证据制度建设在司法实践中的实际进展,对于完善我国证据立法和开展证据科学研究都具有重要意义。

三是司法鉴定制度建设综述,包括以下五个方面:人民法院司法技术管理工作制度建设;人民检察院司法鉴定工作制度建设;公安机关司法鉴定工作制度建设;司法行政机关登记管理与备案登记的司法鉴定工作制度建设;司法鉴定技术相关部门规章与行业规范。

四是司法实践中的证据制度建设,运用张辉、张高平叔侄冤案以及李怀亮案,对非法证据排除的实施情况、关于鉴定意见的审查判断、刑事诉讼的证明标准等问题进行了分析。

第二篇 2013 年中国证据科学的学术进展,由五部分内容组成:

一是证据科学研究进展,介绍评价了国内外学者对证据科学的理论研究进展和实践探索情况。

二是证据法学研究进展,包括以下 10 个研究领域学术进展的述评:证据法理论基础和体系、证据属性和事实认定、证据开示、科学证据与司法鉴定、言词证据、证据排除规则、证明责任与证明标准、法院取证与证据保全、质证与认证、推定与司法认知。

三是法庭科学研究进展,包括以下 11 个研究领域学术进展的述评:法医学病理学、法医临床学、司法精神病学、法医生物学、文件检验学、毒物和毒品检验学、微量物证检验学、痕迹检验学、交通事故鉴定、声像资料鉴定、电子证据鉴定。

四是证据科学教育进展,对证据科学基础研究项目和实证研究项目,以及证据科学学科建设和人才培养、课程和教材建设的进展情况,进行了述评。

五是证据科学研究成果选介，对本年度具有代表性的证据法学著作、论文和法庭科学著作进行了介绍。

本书附录部分，收集了2013年发表的证据科学期刊论文目录、证据科学研究生学位论文目录、证据科学学术著作目录，以及证据科学学术会议一览表和研究项目一览表。

本卷研究报告（蓝皮书）坚持了资料整理和评价功能并重的编写原则，在梳理资料的基础上，加强了评论和预测功能在发展报告中的分量。

本书研究和写作过程受到了“教育部哲学社会科学发展报告项目”、国家自然科学基金面上项目《基于管理决策和法庭决策的证据评价模型及其应用研究》（2013项目批准号：71371188）的资助，由司法文明协同创新中心、中国政法大学证据科学研究院（证据科学教育部重点实验室）和有关合作单位的32位教师、研究人员和法律实务工作者集体编写，体现了证据科学研究创新团队在证据科学教育部重点实验室和国家“2011计划”司法文明协同创新中心科研平台上开展交叉学科研究的合作优势，也为今后继续开展证据科学领域的跟踪研究、资料数据库建设打下了基础。上述研究进展情况的回顾和评述，为在这些领域开展更加深入的科学研究提供了重要的参考资料。

课题组成员具体分工详见后记。全书由张保生、常林修改统稿。

本书的错误或疏漏之处，恳请各位识者提出宝贵的批评意见。

张保生 常 林
2015年2月28日



2013 年中国证据法治发展的步伐

2013 年,我国证据法治建设继续稳步前行,在证据规则的完善、证据司法和证据科学研究等方面取得许多进展。以下从六个方面作一个简要概括和评述:

一、证据规则继续完善

由于《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》修订的任务去年已经完成,本年度证据规则的完善,主要体现为司法解释和地方性证据法规对一些证据规则加以细化。这种完善证据立法的努力呈现出以下特点:

(一) 质证规则仍显幼稚

最高人民法院《关于人民法院赔偿委员会适用质证程序审理国家赔偿案件的规定》^{〔1〕},既令人惊喜又留下许多遗憾:

第一,质证权概念初露端倪。第4条规定:“赔偿请求人和赔偿义务机关在质证活动中的法律地位平等……并应当依法行使质证权利,遵守质证秩序。”这里“质证权利”四个字赫然醒目,令人惊喜。确实,“……交叉盘问的机会……是一种权利(right),而不仅仅是一种特权(privilege)。”^{〔2〕}但惊喜之余,质证程序启动权受限又令人遗憾。按照第2条规定,质证的适用范围是

〔1〕 最高人民法院审判委员会第1600次会议通过,2013年12月19日公布(法释〔2013〕27号),自2014年3月1日起施行。

〔2〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等《证据法:文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第114页。

经书面审理不能解决的下述两类情形：一是以争议的存在为前提，二是赔偿委员会认为应当质证的其他情形。这里的问题是，并未明确规定当事人双方有启动质证程序的诉讼权利。当事人若无启动权，其质证权利就无法保障。只要举证（直接询问）结束，质证（交叉询问和对质）就应自然启动，而且允许再举证（再直接询问）、再质证（再交叉询问和再对质）的自动循环。质证权利的行使不应设定条件，更不该由赔偿委员会出面帮助一方诉讼当事人提出应当质证的其他情形。因为，赔偿委员会没有“权力”替当事人行使质证的诉讼权利。

第二，质证作为认证的必要条件得到确认。第 14 条强调：“适用质证程序审理国家赔偿案件，未经质证的证据不得作为认定案件事实的依据，但法律、司法解释另有规定的除外。”本条规定延续了《刑事诉讼法》第 59 条“双方质证并且查实以后，才能作为定案的根据”的立法精神，明确了未经质证不得认证的原则。但惊喜之余，质证概念的混淆与混乱却随处可见：一是内容超出质证范围。例如，第 5~7 条是关于举证的规定，第 20~21 条是司法认知和推定规则。这样一来，“适用质证程序”便名不副实、滥竽充数了。二是质证顺序张冠李戴。第 17 条将证明顺序误解为质证顺序：①赔偿请求人、赔偿义务机关分别陈述，复议机关进行说明；②审判员归纳争议焦点；③赔偿请求人、赔偿义务机关分别出示证据，发表意见；④询问参加质证的证人、鉴定人、勘验人；⑤赔偿请求人、赔偿义务机关就争议的事项进行质询和辩论；⑥审判员宣布赔偿请求人、赔偿义务机关认识一致的事实和证据；⑦赔偿请求人、赔偿义务机关最后陈述意见。这些是证明或审理的顺序，而不是质证的顺序。这里一股脑儿地对举证、质证等内容都作了规定，完全不是《刑事诉讼法》第 59 条意义上的质证！

第三，“不得以诱导方式发问”的错误仍未纠正。交叉询问之所以能成为“揭示事实真相之最伟大的法律引擎”^{〔1〕}，就在于其允许以诱导方式发问。然而，遗憾的是，作为一个专门规制“适用质证程序”的司法解释，它并未纠正最高人民法院 2012 年《刑诉法解释》第 213 条关于询问证人“不得以诱导

〔1〕 参见〔美〕约翰·亨利·威格莫尔：《论普通法审判中的证据制度》，转引自〔美〕罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第 3 版），张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社 2006 年版，第 114 页脚注 4。

方式发问”的原理性错误。这种司法解释错误造成的后果,就是中国没有交叉询问。因为,“以诱导方式发问”是交叉询问的规定性特征之一。

(二) 地方性证据规定有得有失

第一,辨认和指认的区分值得肯定。浙江省高级人民法院等《关于死刑案件证据收集审查等问题的若干规定》⁽¹⁾要求办案机关“对于有辨认、指认必要的,应当及时组织辨认、指认”。这改变了我国证据规定长期以来用人物指认(lineup)代替实物证据辨认(identification)⁽²⁾的情况。这种混淆使得司法实践中缺乏辨别伪造实物证据的手段。实际上,辨认是一种法庭证明程序,是辨明实物证据同一性、真实性的方法;列队指认则是一种警察证明程序,是人物辨别的方法:犯罪嫌疑人和其他体貌特征相似的人混在一起排成一队,让被害人或证人确定能否把罪犯从中辨认出来。⁽³⁾列队指认不能给指认人不适当的提示。列队指认的结果如在庭审中使用,指认人应当出庭作证。⁽⁴⁾需要指出的是,将辨认和指认区分开后,还应对辨认方法详细规定,特别要明确辨认是举证程序,应当由实物证据提出者传唤对其有亲身知识的知情人进行辨认,而不能像《刑事诉讼法》第190条规定的那样:“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认。”也就是说,实物证据的辨认规则是“谁举证,谁辨认”,而且,辨认是采纳该证据的先决条件。

第二,对直接言辞原则的释明瑕不掩瑜。浙江省高级人民法院等《关于死刑案件证据收集审查等问题的若干规定》规定,努力贯彻直接言辞原则,做到事实调查在法庭、证据展示在法庭、控诉辩护在法庭、裁判说理在法庭,真正通过庭审来查明案件事实,确保司法公正。上述“四个在法庭”的规定具有可操作性。但需指出一个瑕疵,“证据展示在法庭”中的“展示”应为“出示”。证据出示即举证,当然应当在法庭,并且应当以证人作证方式出示。

第三,有关再审案件主要证据未经质证该如何处理的规定良莠不齐。关

(1) 浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅2013年11月13日联合发布。

(2) 例如,公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第249条规定:“为了查明案情,在必要的时候,侦查人员可以让被害人、证人或者犯罪嫌疑人对与犯罪有关的物品、文件、尸体、场所或者犯罪嫌疑人进行辨认。”第251条规定:“辨认犯罪嫌疑人时,被辨认的人数不得少于7人;对犯罪嫌疑人照片进行辨认的,不得少于10人的照片。”最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第257条和第260条也有类似规定。

(3) Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, Thomson West, 2004, p. 949.

(4) 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第853页。

于《民事诉讼法》第200条第4项对当事人申请法院再审，认为“原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的”情形如何把握，《上海法院再审审查工作指南（四）》^{〔1〕}的规定，解决了迟延举证一方的对方当事人常常援引最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第34条第3款拒绝对相关证据进行质证的问题。该指南规定，原审法院应当进行合理释明，即告知其可以在提出关于对方超出举证期限、不应质证主张的同时，对相关证据发表实质性的质证意见，供法院在认为该证据符合“视为新的证据”的情况下参考。再审审查中，对因超出举证期限而未在原审期间予以质证的证据，如果符合“新证据”的标准，在当事人主张相应再审事由的前提下，可以裁定再审。这一规定对于维护当事人的质证权利也具有重要意义。但是，对于当事人申请法院再审的该种情形进行审查，本指南列举的两种情况，即“证据交换笔录中……存在相关证据的质证情况”，“法官已经将主要证据向当事人出示并征求其意见，即使当事人拒绝发表意见或未正面回答”，都不能表明当事人放弃了质证的权利。上海市高级人民法院不能轻率地超越法律授权，作出“不宜认定为‘未经质证’”这种侵犯或剥夺当事人诉讼权利的规定。

二、证据司法转换思路

（一）人民法院证据制度建设弃旧图新

1. 建立防范刑事冤假错案的证据审查机制

最高人民法院10月9日发布《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》^{〔2〕}，在证据审查机制方面提出：其一，坚持证据裁判原则。其二，严格执行法定证明标准，强化证据审查机制：①定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不得降格作出“留有余地”的判决。②切实改变“口供至上”的观念和做法，注重实物证据的审查和运用。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪。③采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除。除情况紧急必须现场讯问以外，在规定的办案场所外讯问取得的供述，未依

〔1〕 上海市高级人民法院2013年6月17日发布。

〔2〕 法发〔2013〕11号。

法对讯问进行全程录音录像取得的供述,以及不能排除以非法方法取得的供述,应当排除。④现场遗留的可能与犯罪有关的指纹、血迹、精斑、毛发等证据,未通过指纹鉴定、DNA鉴定等方式与被告人、被害人的相应样本作同一认定的,不得作为定案的根据。涉案物品、作案工具等未通过辨认、鉴定等方式确定来源的,不得作为定案的根据。其三,强化举证、质证和认证程序:①审判案件应当以庭审为中心。事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭。②证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实,不得作为定案的根据。③依法应当出庭作证的证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证,其庭前证言真实性无法确认的,不得作为定案的根据。④保障被告人及其辩护人在庭审中的发问、质证、辩论等诉讼权利。对于被告人及其辩护人提出的辩解理由、辩护意见和提交的证据材料,应当当庭或者在裁判文书中说明采纳与否及理由。

2. 沈德咏大法官首次挑战不枉不纵观念

最高人民法院常务副院长沈德咏在广州刑事审判工作调研座谈会上强调,一定要坚决守住防范冤假错案的底线。^{〔1〕}沈德咏《我们应当如何防范冤假错案》一文指出:目前有罪推定思想尚未完全根除,无罪推定思想尚未真正树立。我们“要像防范洪水猛兽一样来防范冤假错案,宁可错放,也不可错判。错放一个真正的罪犯,天塌不下来,错判一个无辜的公民,特别是错杀了一个人,天就塌下来了”。我们的观念中常有“不冤枉一个好人,不放过一个坏人”的认识,但要有效防范冤假错案,做到“不冤枉一个好人”,让无辜者获得保护,那就有可能会“放过”一些坏人,这种制度风险是客观存在的,在这个问题上社会各方面都要有心理准备,这也是维护刑事司法公正、防范冤假错案必须要付出的代价。^{〔2〕}沈德咏《论疑罪从无》一文,从疑罪从无的历史溯源、理论逻辑、实践理性以及实现路径等方面阐述了如下观点:①“在刑事司法领域,不搞无罪推定,就难免不搞有罪推定;不搞疑罪从无,就难免不搞疑罪从有;任何形式的疑罪从轻、疑罪从挂,实质上都是疑罪从有。”②在我国,有罪推定的思想在一些司法人员头脑中依然是根深蒂固的,疑罪

〔1〕 沈德咏:“刑事审判要坚决守住防范冤假错案的底线”,载<http://gb.cri.cn/42071/2013/04/25/5892s4096761.htm>,最后访问时间:2015年2月14日。

〔2〕 沈德咏:“我们应当如何防范冤假错案”,载《人民法院报》2013年5月6日。

从轻、疑罪从挂的现象还不同程度地存在。^③“在刑事诉讼中不枉不纵是一种理想状态，但这种理想并不总是能够照进现实。长期以来，我国刑事诉讼理论中占主导地位的是不枉不纵观念，甚至将其视为判断刑事司法制度优劣的标准。”“这种观念看似不偏不倚，但在司法实践中却极易滑向宁枉勿纵”。^④疑罪从无的最大风险是有可能放纵犯罪，而疑罪从有的最大恶果是有可能出现冤假错案。在必须作出抉择的时候，就要权衡哪种结果对社会秩序的破坏更大。在法治发展进步的今天，“宁枉勿纵”肯定是不合时宜的，为此，我们应当转换一下思路，这就是“宁可错放，也不可错判”。一项好的制度并不能保证百分之百地做到不放掉一个坏人，但应当百分之百地保证不冤枉一个好人。^⑤刑事司法人员必须树立起疑罪从无的观念，彻底抛弃或多或少残存的有罪推定思想，将保障无罪的人不受刑事追究确立为刑事诉讼不可逾越的一条红线，依法保护公民的正当权利，维护司法文明和理性的社会秩序。^{〔1〕}

（二）人民检察院证据制度建设瞻前顾后

1. 实施《刑事诉讼法》的进步和问题^{〔2〕}

检察院在实施新刑诉法方面的进步主要表现在，各地检察机关为辩护律师行使阅卷权出台方便措施。例如，重庆市检察院五分院依托本院互联网门户网站，开设律师阅卷预约平台，建立了律师阅卷预约制度。为提高阅卷效率，北京、上海嘉定、成都武侯区、广州海珠区、宁夏银川、天津河北区、湖南株洲、江苏南京、海南等地检察院开始推行电子阅卷制度，改变了以往查阅、复制纸质案卷费时费力的状况。律师阅卷后，还可与案件承办人交流对该案事实和证据所持有的意见，提高了律师的工作效率。

但其也存在一些问题，主要表现在：其一，“三类案件”被侦查机关扩大解释，成为限制律师会见的借口。《刑事诉讼法》第37条第3款（“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可”）规定的“三类案件”，在实践中往往被侦查机关扩大解释，成为限制律师会见的借口。例如，北京市检察院一分院侦办一起行贿案件，将案件界定为“特别重大贿赂犯罪”，并以此拒

〔1〕 沈德咏：“论疑罪从无”，载《中国法学》2013年第5期。

〔2〕 以下参见尚权律师事务所：“刑事诉讼法实施状况调研报告（2013年第一季度）”，载尚权律师事务所网站，http://www.sqxb.com/content/details19_3037.html，最后访问时间：2014年12月30日。

绝安排律师会见,不向律师介绍案件相关情况。更甚者,侦查人员约见律师谈话,要求律师提供所了解的案件信息,询问律师会见犯罪嫌疑人的内容,并对律师进行所谓的“职业道德”教育。其二,辩护律师的权利保障与救济难以落实。《刑事诉讼法》第47条规定:“辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的,有权向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。人民检察院对申诉或者控告应当及时进行审查,情况属实的,通知有关机关予以纠正。”《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》对此也作了详细规定。但在实践中,该条规定难以落实。例如,有律师在四川成都检察院行使了控告权,但该检察院没能按规定给以书面处理意见,更没有对侦查机关的违法行为予以纠正。另外,许多驻看守所检察室设在监区内,律师想现场申诉实属不易。律师在成都看守所会见当事人遇阻后,想找驻所检察室反映,但看守所的武警称,得有驻所检察室的人来接才能进去。接通电话后,驻所检察官也没有给律师一个满意答复。

2. 以防止冤假错案为契机推进证据制度建设

最高人民检察院《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》中加强证据制度建设的内容主要包括以下几个方面:①严格规范职务犯罪案件办案程序,全面、客观地收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据;在每次讯问犯罪嫌疑人时,对讯问过程实行全程同步录音、录像。②严格把握法律规定的逮捕、起诉标准,既要防止人为提高标准,影响打击力度,又要坚持法定标准;注重证据的综合审查和运用,对于只有犯罪嫌疑人供述,没有其他证据的,不得认定犯罪嫌疑人有罪;对于命案等重大案件,应当强化对实物证据和刑事科学技术鉴定意见的审查运用,对于其中可能判处死刑的案件,必须坚持最严格的证据标准;依法排除非法证据,及时调查核实非法取证的材料或者线索,做好对讯问原始录音、录像的审查。③对命案等重大复杂案件、突发性恶性案件、争议较大的疑难案件、有重大社会影响的案件,应当与侦查机关协商,通过介入现场勘查、参加案件讨论等方式,引导侦查机关依法全面收集、固定和完善证据;加强死刑复核案件的法律监督,对于定罪证据不足的案件,应当坚持疑罪从无原则。

3. “两个基本”与“宁漏勿错”之争

检察院在刑事诉讼证明标准上一直奉行“两个基本”。这一原则最早由彭

真于 1985 年提出,⁽¹⁾其后在“严打”中贯彻,后来扩大化、常规化至所有刑事案件,并在 2001 年全国社会治安工作会议上为中央最高领导所肯定。⁽²⁾最高人民检察院 2001 年《关于检察机关积极参加“严打”整治斗争和整顿规范市场经济秩序工作的意见》,将“两个基本”明确界定为“基本事实清楚,基本证据确凿”。最高人民法院 2001 年《关于贯彻全国社会治安工作会议的通知》,将“两个基本”表述为“基本事实清楚,基本证据扎实”。尽管“两个基本”不乏辩护者,⁽³⁾但学者们普遍认为,其与《刑事诉讼法》的证明标准存在严重冲突,甚至起了消极的否定或修正作用,从而使刑事证明陷入“理论上的高标准,执行中的低标准”的悖论。⁽⁴⁾

最高人民法院沈德咏大法官《论疑罪从无》一文指出:不严格依据刑事诉讼证明标准的最突出表现是坚持“疑罪从有”。“根据疑罪从无的要求,每一个专门机关都应当依法履行法律赋予的职权和责任,所办理的案件必须做到事实清楚、证据确实充分,决不可基于部门利益或者其他法外因素的考虑,急于行使权力,将明显‘存疑’的案件‘推给’后面的机关。从另一个方面来看,既然法律明文规定了疑罪从无,那么根据此要求,在发现所办案件存疑时,相应的专门机关就应当依法作出‘从无’的处理,包括撤销案件、不起诉、无罪判决等。对疑案作出任何形式的‘从有’处理,都是一种权力的滥用,势必严重侵害被告人的合法权益。”“对于证明目标而言,侦查、起诉、审判都要以法律规定的‘证明标准’为准绳,符合者则立案、起诉、定罪,

(1) 彭真指出:“现在,有的案件因为证据不很完全,就判不下去。其实,一个案件,只要有确实的基本证据,基本的情节清楚,就可以判。一个案件几桩罪行,只要主要罪行证据确凿也可以判,要求把每个犯人犯罪的全部细节都搞清楚,每个证据都拿到手,这是极难做到的,一些细微末节对判刑也没有用处。办案也是这样,我们要坚决改正的是那些错案、冤案、假案,至于判刑性质不错或基本上正确,只是判刑轻重稍有不同意见,就不要长期纠缠翻腾,以致影响当前最紧迫的工作。”参见彭真:“在五大城市治安座谈会上的讲话”,载《彭真文选(1941~1990年)》,人民出版社 1991 年版,第 409 页。

(2) “政法各部门要统一思想,加强配合,形成依法从重从快打击犯罪的合力。只要基本事实清楚,基本证据确凿,就要快捕、快诉、快判,不要在细枝末节问题上纠缠,延误时机。”参见江泽民:“切实加强治安工作”,载《江泽民文选》(第 3 卷),人民出版社 2006 年版,第 209 页。

(3) 参见柴春元、徐建波:“‘两个基本’与刑事证明标准——第三届检察理论年会热点综述”,载《人民检察》2002 年第 3 期。

(4) 参见熊秋红:“对刑事证明标准的思考——以刑事证明中的可能性和确定性为视角”,载《法商研究》2003 年第 1 期。另参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社 2012 年版,第 254 页。

不符合者则应按照疑罪从无的要求处理。如果抱持不正确的司法政绩观,认为案件不破、不立、不起诉、不入罪就是无能,即使发现有疑问也将错就错,甚至通过各种方式给后面的诉讼环节施压,冤假错案一旦铸成,就会对司法公正造成极大的伤害。”^{〔1〕}

最高人民检察院副检察长朱孝清对此有不同认识。他认为,所谓公正司法,就是受到侵害的权利一定会得到保护和救济,违法犯罪活动一定会受到制裁和惩罚。也就是说,公正司法包括防漏。案件质量的内涵是事实清楚、证据确实充分、定性准确、处理适当、程序合法,这就必须做到不错不漏。因为如果错了,犯罪嫌疑人、被告人就感受不到公平正义;如果漏了,案件的被害人就感受不到公平正义。根据疑罪从无原则,对疑罪作无罪处理有可能造成“漏”,但这种依法不得已的“漏”,与指导思想防止“漏”,二者并不矛盾。因此,我们既要坚守防止冤假错案底线,又要坚持“两个基本”,防止纠缠细枝末节,宽纵犯罪。^{〔2〕}

上述争论表明,尽管要摒弃“宁枉勿纵”的错误观念和“不漏不错”的空想,只有“宁漏勿错”这样一种选择,但即使在这个常识性的现代证据理念面前,法院和检察院仍然存在重大分歧。因此,现代证据制度建设将是一个长期的任务。

(三) 公安机关证据制度建设理念更新

本年度,针对浙江张辉、张高平叔侄强奸案等冤案,公安部《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》^{〔3〕}要求:

1. 摒弃“宁错勿漏”的错误执法观

要从贯彻落实依法治国方略、维护社会公平正义的高度,充分认识冤假错案的严重危害性,进一步增强法治思维、依法办案意识,绝不能因为舆论压力、领导意志、立功心切等,突破法律底线,违法违规办案。①要树立打击犯罪和保障人权并重的理念,彻底摒弃“宁错勿漏”的错误执法观,把保证有罪的人受到刑事追究和保障无罪的人不受刑事追究摆在同等重要的位置。②要进一步强化证据意识,既注重收集有罪、罪重的证据,也注重收集无罪、罪轻的

〔1〕 沈德咏:“论疑罪从无”,载《中国法学》2013年第5期。

〔2〕 朱孝清:“对‘坚守防止冤假错案底线’的几点认识”,载《检察日报》2013年7月8日。

〔3〕 2013年6月5日发布,公通字〔2013〕19号。

证据,防止因证据收集不全面、不充分导致冤假错案发生。③要从根本上转变破案定罪过于依赖“口供”的做法,坚决遏制刑讯逼供、暴力取证等非法取证行为,尽快实现侦查办案由“抓人破案”到“证据定案”的转变。

2. 从源头上有效防止冤假错案

具体措施包括:①健全完善执法办案场所建设、管理和使用制度,将犯罪嫌疑人带到公安机关后,要按照规定流程先对其进行人身安全检查,信息采集和涉案财物、随身非涉案财物保管,之后在办案区讯问室依法及时讯问;犯罪嫌疑人被拘留、逮捕后,要依法及时送看守所羁押,并在看守所讯问室内讯问,讯问过程要全程录音或录像。②健全完善证据的固定、保管、移送制度,确保证据的真实性、合法性和证明力。③积极与检察院、法院等部门协调沟通,统一常见多发刑事案件和新型犯罪的立案追诉标准及其证据形式、规格和标准,规范取证要求,尽量减少因标准不统一、认识不统一导致不诉不判情形发生。④完善证据审查判断标准,细化非法证据排除规则,明确非法证据的类型、表现形式、排除方法和有关要求,对证据之间存在矛盾的要严格全面地进行审查。

3. 规范考评奖惩机制,形成正确执法绩效观

进一步健全完善执法办案考评标准,不提不切实际的“口号”和工作要求,不得以不科学、不合理的破案率、批捕率、起诉率、退查率等指标搞排名通报,严禁下达“刑事拘留数”、“发案数”、“破案率”、“退查率”等不科学、不合理考评指标,坚决防止广大民警因办案指标和“限时破案”压力而刑讯逼供、办错案、办假案。

(四) 张辉、张高平强奸杀人案再审证据分析

1. 案情和诉讼程序

2003年5月18日晚9时许,张辉、张高平叔侄(本案被告人)驾驶一卡车送货去上海,途经安徽省歙县竹铺镇“非典”检查站时,捎带经人介绍要求搭车的同县17岁女青年王某(本案被害人)。当晚12时左右,该车到达浙江省临安市昌化镇停车休息片刻,于次日凌晨1时30分到杭州市天目山路汽车西站附近。王某借用张高平手机打给朋友周荣箭要求其前来接人,周让王某自己打车到钱江三桥后再与其联系。以上事实清楚,有王、潘、许、周、吴等人的证言及杭州市公安局西湖分局出具的《关于5.19案件通话时间说明》等证据。张辉、张高平对此的陈述也与上述情况相符。王某离开汽车西

站后于5月19日早晨被杀害,尸体被抛至杭州市西湖区留下镇留泗路东穆坞村路段路边溪沟。黄某某、刘某乙、吴某甲等人证言,公安机关现场勘验笔录,尸检报告等证据,能够证实上述事实。

对于被告人张辉、张高平是否实施了上述强奸、杀害王某的行为,存在严重争议。2004年4月,杭州市中级人民法院一审判决认定事实如下:⁽¹⁾王某凌晨1时30分打完电话后,张辉遂起奸淫王某的邪念,并将意图告知张高平。然后,张辉驾车掉头驶至杭州市西湖区留下镇留泗路东穆坞村路段僻静处停下,在驾驶室内对王某实施强奸。王某挣扎,张高平即应张辉要求按住王某的腿,尔后张辉采用掐颈等暴力手段对王某实施奸淫,并致王某因机械性窒息死亡。随后,张辉、张高平将被害人尸体抛于路边溪沟,并在开车逃离途中将被害人所携带的背包等物丢弃。一审判决张辉、张高平构成强奸罪共同犯罪,定罪关键证据为被告人有罪供述:①张辉供述:5月24日两次讯问,均作无罪辩解;5月27日讯问,先作有罪供述,后作无罪辩解;5月28日讯问的有罪供述是一审公诉方使用的主要证据;5月29日讯问,先作无罪辩解,后作有罪供述;6月3日讯问,作有罪供述,并画出作案路线图;6月6日、20日、28日讯问均作有罪供述;7月24日讯问作无罪辩解;7月31日、8月5日均作有罪供述。②张高平供述:5月23日至6月17日作无罪辩解;6月17日书写有罪供述材料;6月18~19日作有罪供述。⁽²⁾

被告人及辩护人提起上诉,认为原判认定事实不清,证据不足,原有罪供述系在侦查人员刑讯逼供下取得,且两被告人供述的作案细节不一,本案DNA鉴定不能排除他人作案的可能。浙江省高级人民法院2004年10月二审终审判决,⁽³⁾与一审判决认定的事实一致,但改变了一审量刑。

被告人张辉之父、张高平之兄张高发向浙江省高级人民法院申诉,省高院2013年2月6日作出再审决定书。在3月20日不公开开庭的再审程序中,原审被告张辉、张高平及其辩护人提出:DNA鉴定不能排除他人强奸王某致死的可能性;有罪供述是非法取得的;供述之间及与尸检报告之间存在矛盾。出庭检察员也认为:本案间接证据极不完整;技术鉴定不能排除他人作

(1) (2004)杭刑初字第36号刑事附带民事判决。

(2) 本案律师二审辩护词, <http://www.66law.cn/lawwrit/9011.aspx>, 最后访问时间:2014年12月15日。

(3) (2004)浙刑一终字第189号刑事附带民事判决。

案可能性；公安机关侦查程序不合法。浙江省高级人民法院 3 月 26 日宣判：“原判认定原审被告人张辉、张高平犯强奸罪的证据，现已查证不实”，判决张辉、张高平无罪。^{〔1〕}

2. 证据分析

（1）关于非法证据排除。第一，本案 2004 年一、二审有罪认定，依据的关键证据是被告人张辉、张高平的口供，与现场勘查笔录、尸检报告基本相符。虽然被告人及其辩护人主张，侦查阶段的有罪供述系以刑讯逼供获得，但当时我国尚未确立非法证据排除规则，该主张未导致口供被排除。2013 年再审时，被告人和辩护人申请排除上述证据，根据《刑事诉讼法》第 54 条，应当排除“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述”。第二，有关证据合法性的证明责任，根据《刑事诉讼法》第 57 条：“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中，人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”第三，《刑事诉讼法》第 58 条规定了非法证据排除证明标准：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”出庭检察员认为，本案不能排除公安机关在侦查过程中有以非法方法获取证据的一些情形。法庭裁定：“公安机关审讯张辉、张高平的笔录、录像及相关证据证明，侦查人员在审讯过程中存在对犯罪嫌疑人不在规定的羁押场所关押、审讯的情形；公安机关提供的张辉首次有罪供述的审讯录像不完整；张辉、张高平指认现场的录像镜头切换频繁，指认现场的见证人未起到见证作用；从同监犯获取及印证原审被告人有罪供述等侦查程序和行为不规范、不合法。因此，本案不能排除公安机关存在以非法方法收集证据的情形，张辉、张高平的有罪供述、指认现场笔录等证据，依法应予排除。”^{〔2〕}我们认为，再审法院对“不能排除以非法方法收集证据情形”这一证明标准的把握是准确的。审讯场所不合法、审讯录像不完整、见证人未发挥作用等程序错误本身，并非刑法规定的导致口供被排除的“非法方法”，但其表明可能存在刑讯逼供等非法取证的可能性。再审法院将这些程序错误作为“不能排除以非法方法收集证据情形”的理由，排除了公安机关所获得的口供。

〔1〕（2013）浙刑再字第 2 号刑事附带民事判决。

〔2〕（2013）浙刑再字第 2 号刑事附带民事判决。